

賃金仮払仮処分の失効と仮払金の返還義務（補論）

野村 秀敏

目次

- I 本稿の目的
- II 現実の就労があった場合の仮払金返還義務否定の根拠
- III 返還義務否定説と実務との調和可能性
- IV 返還金に付すべき遅延利息の起算点
- V ドイツ法の状況
- VI 結び

I 本稿の目的

賃金仮払仮処分は、地位保全仮処分とともに、解雇の無効を主張する労働者の救済手段として、実務上最もよく利用されている仮処分である。すなわち、解雇の無効を主張する労働者は、当該労働者の、使用者に雇用されている地位を仮に定めることを求めるいわゆる地位保全仮処分とともに、あるいは単独で、使用者に対し所定賃金を仮に支払うべき旨を求める仮処分を申請することが多い。そして、最近では、強制力を伴わないためにいわゆる任意の履行に期待する仮処分であるとされるこの前者の仮処分¹⁾の適法性に疑問が提出される一方、後者の仮処分について

も、その必要性を厳格に解し、仮払される金額や期間を限定すべきであるとの議論がなされている。⁽³⁾ これらの仮処分の発令については問題があるが、その事後処理についても同様である。すなわち、賃金仮払仮処分が単独で、あるいは地位保全仮処分とともに発令されたので、使用者側が労働者から提供された労務の受領を拒否しつつも、それらの仮処分に従って賃金を仮払した後に、本案訴訟における仮処分債権者たる労働者側敗訴の判決が確定し、あるいは、異議や控訴などに基づき取り消されて、それらの仮処分が失効した場合に、労働者は受領した仮払金を使用者に返還する義務を負うか、という点にも問題がある。

右の問題については、判例・学説上、従来、少なくとも本案訴訟における労働者側敗訴の判決が確定した場合については、何の疑問もなく返還義務が肯定されていたといつてよい。ところが、最近、この場合について返還義務を否定する有力な学説が唱えられるに至っていたにもかかわらず、最高裁は、控訴に基づいて賃金仮払仮処分および地位保全の仮処分が取り消された場合につき、特段の事情がない限り、返還義務は肯定される旨を判示した。⁽⁴⁾ そこで、私は、別稿においてこの問題を検討し、仮処分の発令後事情が変更したために労働者側本案敗訴の判決が確定し、あるいは仮処分が取り消された場合の変更に受領された仮払金を除いては、従来の判例・学説のいうように、やはり右のいずれの場合であっても返還義務は肯定されるべきことを主張した。⁽⁵⁾

右の別稿においては、本来検討することが望ましいにもかかわらず、紙数の関係上きわめて簡略にしか、あるいは全く触れることができなかった問題点がある。すなわち、ここで問題としている仮処分を得た労働者が労務の提供をした場合には、使用者はその受領を拒否するのが通例であり、その場合の仮払金の返還義務の有無を右の別稿において検討したわけであるが、例外的に使用者が労務を受領した場合には、労働者側の仮払金の返還義務は一致して否定されている。そして、この後者の場合の返還義務否定の根拠いかなが、労務の受領を拒否した場合の返還義務の有無ないし根拠に影響すると思われるので、本稿において、この点を補充しておくこととする(Ⅱ)。そし

て、前述のように、最近では、賃金仮払仮処分の必要性を厳格に解し、仮払される金額や期間を限定すべきであるとの議論がなされており、実務上もこれに従う裁判例が多く見出されるようになってきているが、この実務と仮払金の返還義務を否定する見解との調和可能性には問題があると思われるので、この点を検討する必要がある（Ⅲ）。また、仮払金の返還義務を肯定する場合には、返還されるべき金銭にいつから遅延利息を付すべきかも問題となりうるので、さらに、この点を検討する（Ⅳ）。そして、最後に、本稿の締め括りとして、返還義務肯定説が比較法的に見てどのような位置を占めるかを確認するために、ドイツ法上、ここでの問題がどのように取り扱われているかを概観することとする（Ⅴ）。以上のように、別稿における欠を補うのが、本稿の目的である。

（１） ただし、地位保全仮処分について間接強制をなしうるとする見解として、高木右門「地位保全仮処分の実効性に関する試論」判タ四四六号（昭五六）六頁以下、同「地位保全の仮処分」現代労働法講座14（労働争訟法）（昭六〇）二七四頁以下参照。

（２） 地位保全仮処分の適法性を否定する最近の見解として、とりあえず、石川明「地位保全仮処分の必要性」染野古稀記念・民事訴訟法の現代的構築（平元）一六一頁以下。また、長門栄吉「地位保全仮処分の必要性」渡邊昭Ⅱ小野寺規夫編・裁判実務大系5労働訴訟法（昭六〇）一九七頁以下も、地位保全仮処分に対して懐疑的である。

（３） この点については、古館清吾「賃金・退職金等仮払の仮処分の必要性」新・実務民事訴訟講座11（昭五七）二四七頁以下、特に二五二頁以下、滝澤孝臣「賃金仮払仮処分の必要性」新・実務民事訴訟講座11（昭五七）二四七頁（昭六〇）一一五頁以下、塚原朋一「賃金仮払仮処分の必要性」渡邊昭Ⅱ小野寺規夫編・裁判実務大系5労働訴訟法（昭六〇）一三〇頁以下参照。

（４） 宝運輸事件（最判昭六三・三・一五民集四二巻三三〇頁）。本件解説、評釈として、篠原勝美・ジュリ九二九号六四頁以下、小山昇・判タ六七六号五一頁以下、石川明・法学研究六二巻三三〇一六頁以下、小笠原昭夫・ジュリ九三五号昭和六三年度重要判例解説一三〇頁以下、住吉博・民商一〇〇巻三三〇四八一頁以下。

（５） 野村秀敏「賃金仮払仮処分の失効と仮払金の返還義務」判例タイムズ七〇五号掲載予定。本稿はこの別稿と一体をなすものであり、したがって、それをも参照していただければ幸いである。

Ⅱ 現実の就労があつた場合の仮払金返還義務否定の根拠

(1) 使用者が労務を受領したときには、労働者側の本案敗訴判決が確定しても、あるいは仮処分が取り消されたとしても、賃金仮払仮処分だけの場合と、それとあわせて地位保全処分が発令されていた場合とを問わず、労働関係が事実として展開された以上、仮払金の返還義務は否定されるとされている。⁽⁶⁾ 他方、労務の受領が拒否された場合についての仮払金の返還義務否定説には、不完全な形にせよ労働関係が事実として展開されたことを根拠とするものがある。⁽⁷⁾ それ故、労務が受領された場合の仮払金の返還義務否定の根拠については、詳しい検討はなされていないが、⁽⁸⁾ その根拠いかなは、労務の受領が拒否された場合の返還義務の有無、ないしは少なくともその理由付けに影響すると思われるので、これを検討する必要がある。

ところで、ここでの状況は、債権者の本案訴訟における敗訴判決が確定するまでは労働契約が有効に解消されたか否かが不明であるにもかかわらず労務の給付がなされ、その後、その契約の消滅が明確になったというものである。そこで、そのような場合に、労働者がどのような地位に置かれるべきかは、労務の給付後に、その基礎となつた労働契約の無効事由が判明した場合、ないしはその契約が遡及的に取り消された場合の労働者の地位に準じて考えることができると思われる。⁽⁹⁾ (仮処分が取り消された場合にも、同様に考えることができるであろう)。そして、この場合の労働者の地位については、わが国においてもある程度の議論がなされているが、ドイツにおいてより詳細な議論が展開されているので、後者の議論をも参照しつつ、それを検討することとする。

(2) 通説によると、労務の給付後に労働契約の無効事由が判明し、あるいはそれが遡及的に取り消された場合に契約が当初から無効であるとする、法律関係の著しい混乱が惹き起こされ、種々の不都合を生ずるとの理由で、無効・取消しの効果の遡及的主張は制限されるべきであるとされる。そして、その根拠として、労働関係の本質に

関する契約説を前提としつつも、現実が生じた事実の重要性を根拠に、遡及効を制限する見解⁽¹⁰⁾、いわゆる編入説を基礎として、労働契約がなくとも事実上の就業関係によって労働関係は成立するとする見解を初めとする⁽¹¹⁾、労働関係が事実上展開されている場合には、過去については契約は有効と取り扱われるべきものとするいわゆる事実的契約関係の理論が主張されている⁽¹²⁾。しかし、事実的契約関係理論の従来⁽¹³⁾の理論との適合性の問題は別としても、本来無効ないし遡及的に取り消されたはずの契約が、たとえ過去についてだけにせよ、有効と扱われるべきであるというのは、法律の体系に反するから、もし、無効・取消しの効果の遡及的主張を認めても不都合が生じなければ、そのように解するにしくはない⁽¹⁴⁾。それ故、本当に、そのように解しなければ、法律関係の著しい混乱等の不都合が生ずるか否かが検討されなければならない。

(3) わが国ではあまり指摘されることはないが、ドイツの通説が、無効・取消しの遡及効を否定すべきものとする理由の最大のものは、そのようにしないと、労務給付後の事後処理は不当利得法の規定に従ってなされるべきこととなるが、それは適切な解決をもたらさないというものである。

すなわち、まず、給付された労務については原物返還は不可能であるから、金銭によって清算がなされなければならないが、使用者は必ずしも受領した労務によってその価値に見合うだけの利益を得ておらず、あるいは、どれほどの利益を受けたかは証明困難であるというのである⁽¹⁵⁾。しかし、労働契約の場合、請負契約の場合のように特定の仕事を完成させることがその内容となっているのではなく、使用者の指示に従って契約上定められた労務を給付することのみがその内容となっているに過ぎない⁽¹⁶⁾。すなわち、その給付された労務をどのように利用するかは使用者に委ねられているのであり、利用の仕方が適切でなかったために、予期された利益をあげることができなかったとしても、それは労働者ではなく、専ら使用者の責任である。それ故、使用者は、労務の利用によってもたらされた利益ではなく、給付された労務そのものの分の利得をしていると考えられなければならない⁽¹⁷⁾。

右のように考えると、使用者がどれだけの利得をしているかは、給付された労務の市場価値に即して判断されることになり、それは各労務について通例である賃金額ということになるであらう。⁽¹⁹⁾そこで、ドイツには、労務の客観的価値は適切な賃金額を大幅に下回ることがありうるとの指摘があるが、このような指摘が適切ではないことは明らかである。⁽²⁰⁾

わが国の通説は、既に労務が給付されている過去については契約は有効と扱われるべきものとしているから、その労務について与えられる賃金額は約定のそれによるものとしていると思われ、そして、それは、通常は、通例の賃金額と同一ということにならう。これに対し、ドイツの判例・通説は、やはり、過去については契約は有効と扱われるべきものとしつつも、約定の賃金額を認めたり、⁽²¹⁾適切な賃金額としたり、⁽²²⁾賃金額の約定が欠けている場合にどうすべきかを定めるドイツ民法六一二条二項を援用したり、⁽²⁴⁾あるいは、労務の給付が諸般の事情に従い有償でのみなされうると期待される場合には賃金支払の黙示の合意があったとみなす同条一項を援用し、その額を同条二項によって定めたりしている。⁽²⁵⁾

しかし、ドイツ民法六一二条は賃金ないしその額について明示または黙示の合意がない場合にのみ適用される規定であるから、⁽²⁶⁾これを援用する見解は適切ではない。ここでは、無効ではあるが、内容的には完全な労働契約が問題となっている。それ故、約定の賃金額を認める見解が問題となるが、これも必ずしも適切ではない。すなわち、わが国においてはあまり指摘されることはないが、⁽²⁷⁾労務が給付された過去についての無効・取消しの遡及効を否定するとしても、未成年者が法定代理人の同意を得ないで労働契約を締結し、法定代理人の追認が得られない場合には、法定代理人は、まさに未成年者の保護のために追認を拒んだのであるから、たとえ過去の分だけにせよ契約を有効とし、常に約定賃金額が拘束力を持つとするのは相当ではない。⁽²⁸⁾つまり、ここでは、原則として無効・取消しの遡及効を否定するドイツの学説の多くもその例外を認めざるを得ないのであり、⁽²⁹⁾にもかかわらず妥当な結論をも

たらず解決方法があるのであれば、それを何故それ以外の場合にも適用してはいけないのかが問題とならざるを得ない。

次に、ドイツにおいては、不当利得に関する規定を適用すると、善意の使用者は現存利益の限度においてのみ不当利得の返還義務を負うことになるが（もっとも、自ら解雇をした使用者を善意という場合がありうるかは問題ではあろうが、契約の無効・取消事由が後に判明したという場合には、そのようなことがありえよう）、そのような理由によって使用者の返還義務を軽減するのは相当ではないとの指摘がなされることもある⁽³⁰⁾。しかし、前述のように、労働契約の場合には、労務の給付の結果が問題ではなく、労務の給付それ自体が問題なのであるから、いったん労務が受領された以上、それによる利得が事後的に消滅するということはありえない⁽³¹⁾。

以上のように、ドイツにおいては専ら使用者側の利得の有無が問題とされるが、同じことは労働者側についても問題となりえないわけではない。すなわち、労働契約に瑕疵があることがわかっており、賃金の支払を受けなければ、労働者は他に職を得て相当の賃金を得ていたであろうから、受領した賃金は有形的には存在せず、それを得たことによって喪失を免れた財産もないといわなければならず、したがって、利得は消滅しているという主張がなされうるかも知れない⁽³²⁾。しかし、右の場合、たとえば、賃金の支払を受けたために他から借金をしないで済んだというような事情があれば、そのような債務が生じないで済んだ分だけ現存利益があるともいえる。のみならず、現存利益の概念は物理的・事実の意味での利得の喪失に限定されるべきであるとはいわないまでも、判例は、金銭については、借金をしないで済んだか否かというような個別の事情を考慮せずに、それを生活費として費消しても利得の消滅を認めない⁽³⁴⁾。しかも、ここでは、生活の維持のための賃金が問題となっている。それ故、ここでは、労働者側についても、利得の消滅は認められないといわなければならない⁽³⁵⁾。

- (4) 無効・取消しの遡及効を制限すべき理由としては、さらに、そうしなければ、現実に労務が給付されていた

間の期間について、労働基準法等の労働者保護法規を適用しえないのではないかと考えられる。

しかし、労働基準法は、使用者に対し経済的・社会的地位において劣位にある労働者の生存確保のために労働条件の最低基準を定立しようとのその目的からみて、必ずしも有効な労働契約の存在を前提としておらず、実質的な使用従属関係があれば適用があると解すべきである。⁽³⁶⁾ それ故、この関係でも、無効・取消しの遡及効を制限する必要はない。⁽³⁷⁾ そして、このことは、労働基準法についてのみならず、それ以外の労働者保護法規ないしそのための法理についても当てはまる。⁽³⁸⁾ そこで、たとえば、賃金の支払方法を定めた労働基準法二四条一項、差押禁止債権に関する民執法一五二条、一五三条、賃金請求権を一定の範囲内で優先的破産債権とする破産法三九条などの規定も、労働者の有する不当利得返還請求権について適用されるべきである。⁽³⁹⁾ すなわち、それが、労務の給付を契機として、労働者に与えられる請求権であり、労働者の生活の基礎となるものであることには、賃金請求権と変わりはないからである。

なお、この関連においては、この不当利得返還請求権の額は、前述のように、通例の賃金額とされることに注意しなければならない。たとえば、経歴詐称の場合のように、給付された労務に比し、約定された賃金額が高すぎるという場合が考えられるが、このような場合に、右の労働基準法等の保護が与えられるのは、この通例の賃金額で十分とされるべきである。⁽⁴⁰⁾ 無効・取消しの遡及効を制限し、労務が給付された過去の分については約定の賃金額が与えられるとし、不当に高すぎた賃金額との差額については、不法行為を理由とした損害賠償を認めれば足りるとする見解もありうるが、⁽⁴¹⁾ そのようにすると、この差額についても、右の保護が与えられることになり、使用者、労働者に対する債権者の犠牲においてその労働者に不必要な保護を与えることになってしまう。

また、不当利得法による解決では、労働の場で使用者が負う保護義務は問題とされえず、その限りで労働者の保護に欠ける点が存在することは否定できないから、この欠陥を避けるためには、事実的契約（労働）関係の理論は

一つの、おそらくは有力な方法となろう、と指摘されることもあるが、この指摘も決定的ではない。すなわち、保護（安全配慮）義務は、当事者間に契約関係が存在しなくとも、「雇用（労働）契約に準ずる法律関係」、つまり、その間に事実上の使用従属関係が存在し、一方が他方に労務指揮権を行使する関係があれば認められるから、労働契約が無効となり、あるいは遡及的に取り消されたとしても、既に当事者間に右のような関係が展開された以上、この義務を認めるために、無効・取消しの遡及効を制限する必要はない。⁽⁴⁴⁾

(5) 以上のように、労務の給付後に労働契約の無効事由が判明し、あるいはそれが遡及的に取り消された場合に契約が当初から無効であるとして、不当利得法の規定に従って清算がなされるべきであるとしても、賃金請求権、労働基準法等の労働者保護法規ないし法理の適用の双方に関して、何ら不都合は生ぜず、却って、そのようにしなければ、不都合が生ずる場合が考えられる。⁽⁴⁵⁾ それ故、この場合に、労働者が既に受領していた賃金がある場合にそれを返還しなくともよい根拠は、その賃金返還義務と使用者側の不当利得の返還義務が相殺されたと看做されるところに求められるべきである。しかし、右の叙述から窺えるように、これは原則にとどまり、例外として、労働者側が受領した賃金の一部について返還義務を負うことはありうる。そして、賃金仮払仮処分、あるいはそれとあわせて地位保全仮処分が発令されており、使用者がそれらの仮処分の趣旨に従って提供された労務を受領した後に、それらの仮処分が失効した場合に、労働者の仮払金の返還義務が否定されること、およびその根拠についても、右と同様に考えられるべきである。

(6) 土屋文昭『「仮差押及び仮処分制度に関する改正試案」の概要(5)・完』NBL三七四号（昭六二）三七頁、山崎潮『「仮差押及び仮処分に関する改正試案」について(7)・完』金融法務事情一一五二号（昭六二）三六頁参照。

(7) 管充行「仮処分による仮払賃金の返還義務」労判四一五号（昭五八）六頁以下、住吉・前掲注(4)五〇一頁。

(8) 山崎・前掲注(6)三七頁、松浦馨「仮差押え及び仮処分法改正私見(五・完)」民商一〇〇巻一号（平元）八一頁は、

不当利得法の規定により清算がなされるべきであるとしているが、そのようにすべきことについての何らの論証もしていない。

- (6) Vgl. Löwisch, Die Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers während des Kündigungsrechtsstreits, DB Beilage Nr. 7/1978, S. 6. なお、労働者側の本案敗訴判決確定の場合に仮処分は適及的には失効しないという立場を取れば、労務が受領された場合に仮払金の返還義務がないことは当然のこととされようが、このような見解に問題があることにつき、野村・前掲注(5)Ⅳ参照。

- (10) ドイツにおいては、Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. 1, 7. Aufl. 1963, S. 183 ff., 191 を代表者とする見解であり、わが国では、我妻栄・債権各論中巻Ⅱ(民法講義Ⅴ)(昭三十七)五四五頁がこの見解をとる。

- (11) Nikisch, Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 1961, S. 173 ff. を代表者とする見解である。編入説に対しては、わが国では労働関係における当事者の合意、契約という要素を無視するものであるとして、批判が強い。この見解、およびそれに対する評価については、外尾健一「労働契約」講座労働問題と労働法5(賃金・労働条件と労働法)(昭三十一)二六六頁以下、下井隆史「いわゆる『継続的法律関係の無効・取消』について」熊本商大論集八号(昭三十三)九八頁以下、片岡昇・団結と労働協約の研究(昭三四)二四〇頁以下、須永醇「いわゆる事実的契約関係と行為能力」熊本法学創刊号(昭三十九)一七頁以下参照。

- (12) 事実的契約関係の理論を一般的な形で展開したのは、ハウトプトであり、その一類型として、無効あるいは適及的に取り消された労働契約の場合を取り上げた。この理論についても、わが国で若干の紹介・検討がなされているが、そのうちの最も詳細なものとして、五十川直行「いわゆる『事実的契約関係理論』について」法協一〇〇巻六号(昭五八)一〇二頁以下。

- (13) 谷口知平編・注釈民法(3)(昭四一)九三頁(植林弘)参照。

- (14) Vgl. Beuthien, Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis als bürgerlich-rechtliches Abwicklungsproblem, RdA 1969, 162, 173; Wolf, Tatsächliches Arbeitsverhältnis, tatsächliche Übung und tatsächliche Ordnung, JZ 1971, 279.

- (15) 下井・前掲注(11)九九頁 Wilding, Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1963), S. 355 f.; Canaris, Atipische faktische Arbeitsverhältnisse, BB 1967, 167.

- (16) 我妻栄・前掲注(10)五三三頁。

(17) 右近健男「事実上の契約関係と不当利得」谷口還暦記念・不当利得・事務管理の研究(2)（昭四六）一一九頁、我妻榮・債権各論下巻一（民法講義Ⅴ）（昭四七）一〇九三頁、Beuthien, a. a. O. (N. 14), S. 164. これに対し、Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl. 1985, S. 537 は、信義則により、使用者は、原則として、約定された賃金額の支払義務を負うことになるとする。

(18) Beuthien, a. a. O. (N. 14), S. 165.

(19) Hueck-Nipperdey, a. a. O. (N. 10), S. 167.

(20) Beuthien, a. a. O. (N. 14), S. 165.

(21) Hueck-Nipperdey, a. a. O. (N. 10), S. 191; Soergel-Woltke-Volze, BGB, Bd. 3, 10. Aufl. 1969, § 611 Rdz. 36. 有効な雇止めとならば契約と同じに取り扱わなければならない。

(22) Wilding, a. a. O. (N. 15), S. 375.

(23) ドイツ民法六二二条一項 報酬に対してのみ労務給付を期待し得べき事情あるときは、報酬を黙示に合意したものと看做す。

二項 報酬の額について定めなかりし場合において、公定価格の存するときは之による報酬、公定価格なきときは賃用の報酬を合意したるものと看做す。

（訳は、現代外国法典叢書(2)独逸民法Ⅱ債務法五五八頁を参照した。）

(24) BAG, Urt. v. 10. 3. 1960, AP Nr. 2 zu § 138 BGB (Ziff. III 2 der Gründe).

(25) Vgl. Hueck-Nipperdey, a. a. O. (N. 10), S. 264; Nikisch, a. a. O. (N. 11), S. 327.

(26) Beuthien, a. a. O. (N. 14), S. 166; Soergel-Woltke-Volze, a. a. O. (N. 21), § 612 Rdz. 1, 7.

(27) たとえば、木村眞一「労働者」労働法大系5（労働契約・就業規則）（昭三八）二二頁は、この場合、労働契約を有効とみて、賃金請求権が与えられるところである。

(28) Canaris, a. a. O. (N. 15), S. 169.

(29) Canaris, a. a. O. (N. 15), S. 169. だが、Hueck-Nipperdey, a. a. O. (N. 10), S. 190; Staudinger-Nipperdey-Neumann, BGB, Bd. 2 Teil 3, 11. Aufl. 1958, § 611 Rdz. 105 だが、未成年者は権利を有するが、義務を負わなければならない。

(30) Canaris, a. a. O. (N. 15), S. 167; Staudinger-Nipperdey-Neumann, a. a. O. (N. 29), § 611 Rdz. 105 a. E.; Esser-

Weyers, Schuldrecht, Bd. 2, Besonderer Teil, 6. Aufl. 1984, S. 216.

- (31) Beuthien, a. a. O. (N. 14), S. 167. 下に對し「Fikentscher, a. a. O. (N. 17), S. 53, 537 は「信義則を理由にこれを根拠付ける。ただし、労務を受領するために費用を要していれば、利得からその分の控除はなしうることにつき、後述、II 注(35)参照。

- (32) 管・前掲注(7)八頁以下参照。

- (33) 加藤雅信・財産法の体系と不当利得法の構造(昭六二)三四九頁以下。

- (34) 加藤・前掲注(33)七一頁以下、松阪佐一・事務管理・不当利得「新版」(昭四八)二二二頁以下、四宮和夫・事務管理・不当利得・不法行為上巻(昭五六)八九頁参照。

- (35) ただし、判例には遺族扶助料の誤払を受けた者に対する不当利得返還請求について利得の消滅を認めたものがあるが(大判昭八・二・二三新聞三五三一号八頁、高松高判昭四五・四・二四判タ二四八号一四七頁)、その背景には、一方当事者の困窮度、他方当事者が国であること、おそらく国の過失が誤払の原因であること等々の事情があると思われる(加藤・前掲注(33)七三頁)。他方、ここで問題とされている場合には、通例は第一の事情はあるが、第二の事情は存在せず、第三の事情も必ずしも存在しない。そして、利得の消滅を認めると、労働者は金銭の追加払を受けうることになつて却つて不都合であろう(また、賃金仮払仮処分の場合には、使用者側は支払を強制されたのであり、第三の事情は全く存在しない)。それ故、この判例を援用して、労働者側の利得の消滅を認めることはできない。また、契約の無効に基づく金銭の取戻請求の事案において、その契約締結の費用や契約上の義務の履行に要した費用は控除されるとする判例があるが(東京地判昭四四・五・三〇ジュリ四四三三六頁)、これによれば、労働契約の無効・取消しの場合には、通勤費が問題となるであろう。しかし、通勤費は、使用者が契約を履行するためにではないが、労働者に履行させるために支払わなければならなかつた費用であるから、使用者側の利得からも控除することが許されよう。

- (36) 木村・前掲注(27)一八頁、菅野和夫・労働法(昭六〇)七〇頁。

- (37) ただし、労働契約の有効な成立は労働基準法の適用の前提では無いとしつつも、労務が現実給付された後に労働契約の無効事由が判明した場合には、将来に向かってその効力が消滅するのみであるとする、それ自体矛盾を含んだ見解として、伊藤博義「労基法上の労働者・使用者」現代労働法講座9(労働保護法論)(昭六二)一一〇頁。

- (38) ドイツにおいては、この関連において、労働所得のための差押制限を定める民事訴訟法八五〇条、賃金債権等を第一

順位の破産債権とする破産法六一条一項一号やその他の労働者保護法一般、社会保険、経営協議会、労働裁判権、民法六三〇条の雇用証明書の交付義務、休暇請求権といったことが問題とされており、いずれの問題も、契約の無効・取消しの遡及効を認めても、適切な解決が導かれうるということが論証されている。Vgl. Beuthien, a. a. O. (N. 14), S. 168, 170f. (39) なお、大隅鉄工所事件（名古屋高判昭六二・一二・九判時一二六六号一一九頁）においては、賃金請求権とは別個のものとして観念される、賃金仮払仮処分に基づく仮払金支払請求権について、民執法一五二条、一五三条が適用されている。

(40) この関連においては、ドイツにおいて、不当利得法の規定に従って清算がなされるべきであるとする、使用者と労働者のいずれかに労働契約を有効とした場合には生じない利得が生ずる可能性があつて相当ではないとの疑問が提出されている（Esser-Weyers, a. a. O. (N. 30), S. 216）。すなわち、契約の無効・取消しの場合に、通例の賃金額を支払うべきものとする、その額が約定賃金額を上回る場合には労働者が得をすることになるし、反対の場合には使用者が得をすることになるというのである。しかし、このようなことは、不当利得法による清算の場合一般の問題であつて、この場合にのみ特有な問題ではなく（Beuthien, a. a. O. (N. 14), S. 168.）¹、このようなことを認めないと、本文に述べたように、却つて不都合なことが生じえよう。

(41) 借地関係が事実上展開された後に、契約の無効・取消事由が判明した場合に、このことを主張する見解として、鈴木禄弥・借地法上巻〔改訂版〕（昭五五）二四三頁以下。これに対し、加藤・前掲注（33）四一七頁以下は、無効・取消事由が契約内容に影響を与えている限りでは、不当利得法的清算にみられる合意内容の改訂がなされる必要があるが（なお、Fikentscher, a. a. O. (N. 17), S. 537 は、労働者の詐欺により使用者に取消権が与えられた場合には、不当利得法の一般原則〔それは、ドイツの通説が批判する内容のものであるように思われる。〕が適用されるとする）、そうでない限りは、過去の雇用（労働）関係を破壊しない清算関係が実現される必要があるとする。これは、後者の場合には、無効・取消しの遡及的主張ないし遡及効を否定する趣旨にも読めるが、そうであるとする、本文に述べたように、そのようにしなくとも妥当な解決をもたらしうる以上、そのように区別することの合理性が疑問とされえよう。

(42) 右近・前掲注（17）一二〇頁。

(43) 和田肇「雇傭と安全配慮義務」（昭六〇）下森定編・安全配慮義務法理の形成と展開一四六頁。

(44) その他、ドイツにおいては、不当利得法により清算がなされるべきであるとする、労働者の労務の給付が不法原因

給付となるときは、労働者は給付した労務に対し何らの補償をも受けえないことになって相当ではないとの疑問もありうるのではないかとされる（もっとも、解雇を問題としていることでの場合には、このようなことは生じえないであろう）。しかし、労働者は使用者に従属した地位にあるから、一定の労働をなすこと、あるいはそもそもそのようなことを目的とした契約を締結することを禁止した規定にもかかわらず、労働者に労務の給付をなさしめた使用者の不正は労働者のそれよりも重大であると思われ、不法原因給付に関する規定はここでは適用されるべきではない。他方、無効・取消しの遡及効を制限する通説は、契約上の賃金請求権によるから、このような問題に膠着しないかのように思われるかもしれないが、労働契約を無効とする規定は、どのような方法であれ、労働者がその労働力を金銭に換えることを禁止していると見るべきであるから、契約上の賃金請求権をも排除しようとしていると見なければならぬであろう。したがって、通説によっても、この問題が生ずるのである。Vgl. Beuthien, a. a. O. (N. 14), S. 169.

(45) Beuthien, a. a. O. (N. 14), S. 173; Wolf, a. a. O. (N. 14), S. 279; Fikentscher, a. a. O. (N. 17), S. 53, 536f. どのような考え方に対しては、これでは、せいぜい利得の脱落の抗弁に対処されうるに過ぎず、報酬の側面について何も述べられていないとの批判があるが（Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 5. Aufl. 1983, S. 150）、趣旨不明である。あるいは、単に金額の問題が解決されれば足りるのではなく、労働者の有する支払請求権について賃金請求権の保護に関する諸規定が適用されるべきであるとの趣旨かもしれないが、その請求権を不当利得返還請求権と捉えても、そのようなことが可能であることは本文に述べたとおりである。

Ⅲ 返還義務否定説と実務との調和可能性

(1) 賃金仮払仮処分が労働者側の本案敗訴判決が確定し、あるいは異議や控訴などに基づいて取り消されて失効した場合に、労働者は受領していた仮払金の返還義務を負うかという問題に関する判例・学説の状況は、既に別稿において概観しておいた⁽⁴⁶⁾ので、ここではその詳細は省略するが、右の問題を否定する学説には、大別して二つのものがある。すなわち、その一は、仮処分が遡及的に失効することを前提としつつも、労務が受領された場合に仮払金の返還義務が否定されることとの対比において、ここでも過去の分については、労働契約が有効であったと同様

に扱うべきであるとするものであるが、右に述べたように、労務が受領された場合であっても、労働契約は当初から無効であったと取り扱って何ら差し支えない。また、その二は、仮処分失効の遡及効を否定するものであるが、ここで問題としている仮処分の場合にそのように解することは理論的根拠に乏しいことも、別稿において指摘したとおりである。そうすると、労働者側の本案敗訴判決が確定し、あるいは仮処分が異議や控訴などに基づいて取り消されたときは、労働契約ないし仮処分は遡及的になかったことになり、かつ、不当利得法の規定に従い清算がなされるべきことになるから、使用者側が労務の受領を拒否していた場合には、仮払金の返還義務は肯定されざるを得ない。

(2) ところで、賃金仮払仮処分において、従来の伝統的な実務は、被保全権利の疎明に高度なものを要求し、その反面、その高度な疎明があったと認められるときには、使用者に対して解雇された労働者へ解雇前に支給していた賃金等と同額の金銭の支払を、期間を限定しないで命ずる傾向にあったと指摘される。しかし、この仮処分は労働者の生活の困窮を避けるために認められるのであり、労働者に解雇前と同一程度の生活状態を維持させるのが目的ではないから、右のような実務のあり方は民事訴訟法本来の仮処分子論を変容させるものであり、適切ではないとの批判が近時なされるようになってきた。⁽⁴⁹⁾そして、そのような批判をする見解は、仮払金の金額を従来の賃金額以下の生計の維持に必要な金額に限定したり、期間についても他所への就労を図るのに必要な期間に限定すべきであるとし、それにより却って、従来に比べ、被保全権利の判断の簡易化・迅速化がもたらされるといい、最近はこのような主張に沿った裁判例も相当見受けられるようになってきた。⁽⁵⁰⁾

(3) 他方、ここでの問題において仮払金の返還義務を否定する見解によると、労働者が取得する賃金ないし仮払金の支払請求権の額は、実体法上は通例の賃金額ないしは約定された賃金額であると思われる。⁽⁵¹⁾しかるに、右に述べたように、最近では仮払を命ぜられる金額は、右の金額を下回るようになってきた。返還義務否定説によれば、通

例の賃金額ないし約定された賃金の支払を求めうるはずであるのに、何故、右のように金額を限定して仮払を命じなければならぬのかが問題とされてしかるべきではなからうか。そして、労務の提供がなされる限り、労働者は同様の支払請求権を取得すると解する限り、右と同様のことは期間を限定することについてもいいうる可能性があるのでなからうか。⁽⁵²⁾

もっとも、この点については、何ら無関係の第三者間で労務の提供がなされても意味がなく、右の支払請求権が認められるためには、現在争いの対象となっているにせよ、従来は有効であった労働契約の存在が前提となるから、⁽⁵³⁾その存在を認定しなければならぬが、仮処分手続においてはそれは疎明されているに過ぎないとの指摘がなされうるかも知れない。しかし、賃金仮払仮処分手続においては、従来の労働契約の存否についてまで争いがあることは、まずないと思われ、専ら解雇の効力をめぐって争われるのが通常であるから、このような指摘は適切ではない。

また、通例の賃金額ないしは約定の賃金額の支払請求権があるとしても、仮処分によって強制貫徹力を与えられる必要があるのは、一定の金額、一定の期間内のそれに過ぎないという指摘がなされるかも知れない。しかし、返還義務否定説によれば、そのようにして強制貫徹力を与えられる請求権が限定されたとしても、労務の提供をした労働者は実体法上は通例の賃金額ないし約定の賃金額の支払請求権を有するはずであるから、その者は、賃金仮払仮処分に基づいて支払われた金額と右の金額との差額についても支払請求権を有するはずである。したがって、その労働者は、仮処分とは別個に、そして、たとえそれが失効した後であっても、その支払を求めうることになるはずであるが、返還義務否定説は、このような請求を認めるのであろうか。また、この見解によると、賃金仮払仮処分が取得されたが、それに基づいて仮払金が支払われないうちにその仮処分が失効した場合にも、労働者は、実体法上は通例の賃金額ないし約定の賃金額の支払を請求しうることになるはずが、労働者がこれを訴求した場合に、

これをも認めるのであろうか。もし、右のような請求をも認めるのであれば、最初から金額を制限することは必要ではなかったのではなからうか。⁽⁵⁴⁾

(4) 仮払金の返還義務否定説は、それが本当にその目的を達成するために適切か否かは別として、労働者の保護というそれ自体は正当な目的を追及していることは理解しえないわけではない。しかし、その立場によると、右に述べたような請求をも認めなければ首尾一貫しないと思われるが、それには誰しもが違和感を感じるであらう。そして、右に述べたところから示唆されるように、返還義務否定説は、仮払金の金額やそれが支払われるべき期間を限定する最近有力となりつつある実務の傾向に矛盾するとはいえないまでも、少なくともそれとの調和可能性には問題があるであらう。もちろん、そのような実務は仮払金の返還義務肯定説を前提としているのであり、それは誤っているといってしまうえば、それまでであるが、それを問題とせずに、仮払金の返還義務のみを否定するのは片手落ちであらう。

(46) 野村・前掲注(5)Ⅱ参照。

(47) 菅・前掲注(7)六頁以下、住吉・前掲注(4)五〇一頁。

(48) 伊藤眞「賃金仮払いの仮処分の失効と不当利得」判評三二一号（判時一一六三号）（昭六〇）二七頁、石川・前掲注(4)一二三頁。

(49) 前掲注(3)掲記文献参照。

(50) 前掲注(3)掲記文献引用の諸裁判例のほか、最近のものとして、たとえば、書泉事件（東京地決昭六三・一・一九判時一二六七号一四八頁）。

(51) 前述、Ⅱ(3)参照。

(52) 仮処分が将来に向かってのみ失効するという見解についてはこのような問題は生じないであらうが、仮処分が遡及的に失効することを否定せずに、事実として労務の提供がなされたことを重視して、返還義務否定の根拠とする見解については、このような問題が生ずるであらう。

(53) Vel. Beuthien, a. a. O. (N. 14), S. 172. 事実上の契約関係も、給付の実行に関する当事者間の合意を前提としている。

(54) あるいは、労務の提供がなされなければ賃金仮払請求権は発生しないから、そのような発生が不確実な債務の支払を仮処分によって全面的に命ずるのは不適當であるとの反論がなされるかもしれない。しかし、労務の提供がなければ、その請求権は一部ですら発生しないのであるから、仮払金額を限定したとしても、支払を免れるためには、使用者側は異議等の手段をとる必要がある。すなわち、その点では、金額を限定しようとしまいと同じことであるから、右の点を理由にそうすることを根拠付けることはできない。また、労働者の生活上の急迫な状態を回避するために、返還を予定しない賃金の支払が必要とされるところ石川教授によれば、裁判によって返還を予定しないで支払を命ぜられた雇用契約上の対価たる賃金の額は限定されたものであり、労働者はそれ以上の支払請求権を有しないということになるのかも知れない(石川・前掲注(4)一二三頁参照)。しかし、もしそうであるとすると、労務が受領された場合にも、労働者は限定された金額の支払請求権しか有しないことにならないであらうか。また、この見解によっても、仮払金の支払がないうちに仮処分が失効した場合に、限定された金額についてにせよ、その支払請求権を認めざるを得ないことになるのではなからうか。

Ⅳ 返還金に付すべき遅延利息の起算点

(1) 次に、仮払金の返還義務を肯定するときは、その返還金にいつから遅延利息を付すべきかが問題となる。すなわち、仮払金を受領し、その後本案訴訟において敗訴し、あるいは仮処分を取り消された労働者は、いつから悪意の受益者としての返還義務(民七〇四条)を負うかが問題である。

まず、労働者側の本案敗訴判決が確定した場合について考えうる起算点を早い順にあげると、①仮払金受領の翌日、②本案訴訟の訴状送達の翌日、③本案敗訴の第一審判決の言渡しの日、④本案敗訴判決の確定の日、⑤仮払金の返還請求訴訟の訴状送達の翌日、⑥仮払金の返還請求訴訟の認容判決の確定の日、といったことになる。

う。以上のうち、③④⑤の立場は、それぞれ実際の裁判例によって採用されている。⁽⁵⁶⁾

次に、仮処分が異議等に基づいて取り消された場合について考えうる起算点を早い順にあげると、①仮払金受領の翌日、②取消（不服）申立書の送達の日、③取消判決の言渡しの日、④取消判決の確定の日、⑤仮払金の返還請求訴訟の訴状送達の日、⑥仮払金の返還請求訴訟の認容判決の確定の日、といったことになる。以上のうち、③ないし④の立場と⑤の立場は、実際の裁判例によって採用されている。⁽⁵⁶⁾

(2) ⑥の日以降労働者が遅延利息支払義務を負うのは当然であるが、それ以前からその支払義務を負わなければならない根拠としては、二つのことが考えられうる。すなわち、第一に、善意の占有者であっても、本権に関する訴えで敗訴したときは、その起訴の時に遡って悪意の占有者と看做されるとする民法一八九条二項を類推適用することが考えられる。⁽⁵⁷⁾ また、第二に、期限の定めのない債務については、返還請求を受けたときから遅滞を生ずるので（民四一二条三項）、民法一八九条二項を類推適用するまでもなく、不当利得の返還請求がなされた時点から遅延利息の支払義務が生ずるとすることも考えられる。⁽⁵⁸⁾

まず、労働者側の本案敗訴判決が確定した場合についていうと、①の見解は、被保全権利の存否が争われている仮処分訴訟を本権に関する訴訟と見、あるいは、争いつつ支払をしている使用者側の態度を返還請求をしつつ支払をしていると見るのであり、実際にこれを主張する学説や裁判例は見出されないが、ありえない立場ではなからう。次に、②の見解は、本案訴訟を本権に関する訴訟と見たうえで、そこにおいて敗訴した以上、労働者はその開始のときに遡って悪意と看做されるべきであるとし、あるいは、本案訴訟で争っているということに返還請求の意思を見るのである。また、⑤の立場は、返還請求権訴訟を本権に関する訴訟と見、あるいは、単純に右の第二の根拠を当てはめるものである。

(3) 右の問題を検討する上で、最初に確認しておかなければならないのは、⑥の時点以前に、実際に労働者側が

悪意になっていたならば、労働者は、その悪意になった時点から仮払金に遅延利息を付して返還すべきであることは当然であるということである。それ故、本案敗訴判決の確定の日に、労働者は実際に悪意になったというから、右の⑤⑥の立場は正当ではない。

そこで、ここでの問題は、労働者が実際に悪意になっていなくとも、それが悪意になった時点以前に遡らせて、その者に悪意の受益者としての責任を負わせることが妥当かということになる。

不当利得返還請求一般に関しては、民法一八九条二項を類推して、受益者は（敗訴を条件として）起訴の時から悪意の受益者としての責任を負うという見解が、民法学説上有力である。また、仮執行宣言が失効した場合の損害賠償義務は無過失責任とされているが、それは被害者たる被告の保護を慮つてのことである。そこで、民法一九八条二項において同時に規定されている不当利得返還義務たる性質をもつ原状回復（給付物返還）義務についても被告の保護に厚い民法七〇四条の適用を認めるべきであると説かれる。⁽⁶⁹⁾

しかしながら、民法一八九条二項は、争点決定後は善意占有者を悪意占有者と同視するローマ法理論の名残であって、安易に一般化（類推適用）されるべきではないとも説かれる。⁽⁶⁹⁾ また、仮処分訴訟や本案訴訟において争っているというのに返還請求の意思を見るというのは、不可能ではなからうが、やや擬制に過ぎよう。他方、不当仮処分に基づく損害賠償については、判例は過失責任としており、ただ債権者の本案敗訴判決が確定した場合にはその過失が事実上推定されるとするにとどまっていることは周知のとおりであり、⁽⁶⁹⁾ 学説上も、最近は、立法論としても、過失責任を妥当とする立場が有力になりつつある。⁽⁶²⁾ それ故、このようなことからいって、ここでは、労働者が現実には悪意になった日、すなわち、本案敗訴判決の確定の日の翌日から仮払金に遅延利息を付して返還すれば足りるというべきであろう。そして、仮処分が取り消された場合についても、これに準じて、取消判決確定の翌日から遅延利息を付せば足りると解すべきであろう。ただし、前述のように、これはあくまで、それ以前に労働者が悪

意になっていない場合を前提にしたものであり、それ以前に悪意になっていれば、その時の翌日から遅延利息を付すべきである。⁽⁶³⁾

(55) ③の立場を取るのは、宝運輸事件（広島地福山支判昭五七・八・一七労判三九八号五四頁。これは前掲注(4)の最高裁判決と同一の宝運輸における解雇を契機として取得された仮処分に関する裁判例であるが、その最高裁判決の事案とは別事件に関するものである。）、④の立場を取るのは、石川島播磨重工業事件（東京地判昭六一・一一・一二判時一二一五号一三五頁）、⑤の立場を取るのは、ダルマ薬局事件（仙台地判昭五六・一二判タ四五一号一〇六頁）である。もっとも、それぞれ、使用者側の請求がそのまま認められただけであり、使用者がそれ以前からの遅延利息の請求をしたら認められなかったか否かは明らかではない。

(56) ③ないし④の立場を取るのは、前掲注(4)宝運輸事件最高裁判決（最判昭六三・三・一五）の第一審判決（広島地福山支判昭五六・九・一七民集四二巻三号一八三頁等）、第二審判決（広島高判昭五八・九・七民集四二巻三号一九三頁）（なお、この事案では、第一審の仮処分判決に対して控訴がなされ、それが控訴審において取り消されているので、右の判決が③の立場を取るのか、④の立場を取るのかは判然としない。）、⑤の立場を取るのは、京都西山電報電話局事件（京都地判昭五九・四・一二労判四三〇号三七頁）、ヒノデ会社事件（浦和地判昭六二・一二・二八判時一二七四号一四三頁）である。ただし、ここでも、それぞれ、使用者側の請求がそのまま認められただけであり、使用者がそれ以前からの遅延利息の請求をしたら認められなかったか否かは明らかではない。

(57) 我妻・前掲注(17)一一〇四頁、松坂・前掲注(34)二二〇頁、谷口知平編・注釈民法(10)（昭五二）六〇一頁以下（福地俊雄）参照。

(58) 四宮・前掲注(34)八九頁参照。

(59) 鈴木正裕「判決の法律要件の効力」山木戸還暦記念・実体法と手続法の交錯下（昭五三）一八六頁。

(60) 四宮・前掲注(34)九〇頁。

(61) 最判昭四三・一二・二四民集二二巻一三三三四二八頁。なお、判例・学説の状況については、松浦馨「仮差押え及び仮処分の改正について(三)」判時八三六号（昭五二）三頁以下参照。

(62) 松浦馨「仮差押え及び仮処分の改正について(四)」判時八三七号（昭五二）三頁以下、山崎潮「『仮差押え及び仮処

分の命令及び手続に関する検討事項』に対する各界意見の概要」民事月報三九卷七号（昭五九）一九頁参照。

(63) 本文では、③の時点については検討しなかったが、労働者側の本案敗訴第一審判決が言い渡されても、上訴がなされない理由は様々であるから、それをもって常に労働者側が悪意になったということとはできないであらう。

V ドイツ法の状況

(1) 最後に、ここでの問題がドイツ法上どのように取り扱われているかを簡単に概観して、ここで得られた結論の比較法的位置付けを明らかにしておくこととする。

ドイツにおいては、周知のように、労働事件は労働裁判所において取り扱われる。そして、そこにおいても、仮差押え・仮処分が認められているが（労働裁判所法六二条二項）、それは、労働裁判手続が迅速であるが故に、一般民事手続における程には重要な役割を演じていないといわれる⁽⁶⁴⁾。もっとも、最近は、このような傾向に若干の変化も見られ、仮処分の果たす役割が大きくなりつつあるようである⁽⁶⁵⁾。

そして、既に右のような変化が指摘される以前から、賃金仮払仮処分は発令されていたようであり、そこにおいては、最近のわが国における傾向と同様に、仮払を命ずる金額、期間を仮処分の必要性の観点から限定すべきことが指摘されている⁽⁶⁷⁾。しかし、残念ながら、その発令後、本案訴訟における労働者側敗訴の判決が確定し、または、仮処分が取り消された場合に、労務の受領を拒否されていた労働者が仮払金の返還義務を負うかというこの問題に言及した判例・学説は見出すことはできなかった⁽⁶⁸⁾。おそらく、すぐ後に述べる就労請求の仮処分の場合に関する学説の態度から見て、返還義務は当然のこととして肯定されているものと思われる。

(2) とこゝ、ドイツにおいては、わが国におけるのとは異なって、就労請求権が原則として認められている⁽⁶⁹⁾。そして、解雇告げがなされても、その効力をめぐって、争いがあり、その無効確認を求める訴訟が提起された場

合、一定の要件の下に、その訴訟の係属中なお就労請求権が認められるものとされている。すなわち、経営基本法一〇二条五項は、同条一項により、使用者は告知前に必ず経営協議会の意見を聞くべきことになっており、その際、経営協議会に対し告知の原因が報告されることになっていることを前提として、次のように規定する。⁽¹⁰⁾

「経営協議会が通常解雇告知に対し、期間と方式を遵守して異議を述べ、労働者が告知保護法に従って、労働契約は告知によって終了せしめられていない旨の確認を求める訴えを提起したときは、使用者は、労働者の要求に基づき、当該労働者を、告知期間経過後その訴訟の判決の確定に至るまで、これまでと同一の労働条件で継続的に就労させなければならない。使用者の申立てに基づき、裁判所は、以下の要件が満たされるときは、仮処分によって、当該使用者を、第一文の継続的に就労させる義務から免除することができる。」

一〇三 省略

このように、一定の要件が満たされるときは、解雇の効力をめぐって訴訟が係属中にも、労働者は就労請求権を有するものとされている。そして、この規定に従って労働者が就労した場合には、その後、最終的に右の訴訟において敗訴したとしても、賃金請求権を取得するとされている。また、さらに、使用者が就労の申し出を拒否した場合にも、やはり、右の訴訟の結果いかんにかかわらず、労働者は賃金請求権を取得するとされている。⁽¹¹⁾それは、この場合、使用者に労働受領義務があり、労働関係は判決の確定により初めて終了するからであるとされる。⁽¹²⁾

(3) 以上のように、右の場合には、労働者の地位は保護されているが、右の規定が適用されるためには、一定の要件が必要である。しかし、そもそも経営協議会が存在しないとか、特別解雇告知が問題となっているとか、あるいは経営協議会が異議を述べなかったとかの理由によって、その要件が満たされない場合がある。そこで、そのような場合にも、解雇の効力をめぐって訴訟が提起された場合には、右の規定に準じて、暫定的、継続的な就労請求権を認めるべきか否かが判例・学説上、問題とされている。⁽¹³⁾

この問題について、連邦労働裁判所は、原則的に就労請求権を否定し、解雇告知が明らかに無効である場合、あるいは権利濫用や恣意性が明らかの場合にのみ例外が認められるという判断を示したが、この判例は、判例・学説上の争いを終息させることはできなかった。そして、その判例・学説によると、右の就労請求権は、一般仮処分の枠内において貫徹されるべきものとされている。⁽⁷⁶⁾ すなわち、解雇告知が無効であれば、労働契約はなお存続し、労働者は一般原則によつて就労請求権を有するはずであるから、これを被保全権利として、保全の必要性を前提とした上で、就労請求の仮処分を求めようというのである。⁽⁷⁹⁾ そして、この継続的な就労および対価の支払に向けられた仮処分が、当初から不当であつたと判明し、あるいは本案訴訟提起または呼出期間不遵守により取り消された場合には、民訴法第九四五条に従つて、労働者は使用者に無過失の損害賠償義務を負うとされる。⁽⁷⁷⁾

そこで、この損害とは何かが問題となるが、使用者が労働者の提供した労務を受領していた場合には、その対価として支払った賃金は損害とならず、労働者はその賠償義務を負うことはない⁽⁷⁸⁾とされる。これに対し、賠償されるべき損害の例としてあげられるのは、病気による欠勤のために解雇された労働者が、仮処分によつて命ぜられた継続的な就労の期間中も欠勤し続けた場合に支払われた賃金、所定の能力を有しないとの理由で解雇された労働者が、低い能力しか有しないために価値の低い労務しか提供しえなかった場合に支払われた賃金とその労務に見合う賃金との差額などである。そして、使用者が労務の受領を拒否した場合にどう取り扱われるべきかというここでの問題との関連において注目すべきことは、経営上の理由による解雇告知の理由が受注不足にあり、そのため使用者がその労働者の労務を実際には全く、あるいはその労務の価値以下でしか利用しえなかった場合には、支払われた賃金の全部または一部の相当額が賠償されるべきであるとされていることである。⁽⁸⁰⁾ 解雇を前提としない一般の場合において、右のような理由により労務の給付がなされなかったときには、労働者は賃金請求権を失わないことが一致して認められている。⁽⁸⁰⁾ そこで、このことに鑑みると、右のことは、使用者が労務の受領を拒否し、その後、就労

請求の仮処分が不当であると判明し、あるいは取り消された場合には、労働者は受領した賃金相当額の賠償義務を負うと解釈されていることを示すものといえると思われる。

右のように、労働者は仮処分が不当であるということになり、あるいはそれが取り消されると、損害賠償義務を負わされることがある。そこで、そのようなことを回避するために、経営基本法一〇二条五項の要件が満たされていない場合にも、本来の労働契約上の就労請求権とは別個に、実体法上、解雇告知訴訟中の暫定的、継続的な就労請求権を認めるべきであるという提案がなされる⁽⁸¹⁾。しかし、これに対しては、立法論としてはともかく、解釈論として認めることは困難であるとの評価が強いようである⁽⁸²⁾。

以上のようなドイツ法の状況に鑑みれば、賃金仮払仮処分が発令された後に、労働者側の本案敗訴判決が確定し、あるいはその仮処分が取り消された場合に、使用者によって労務の受領を拒否されていた労働者に原則として仮払金の返還義務を認めることでの解釈は、決して特異なものではないといえることができる。

(64) 花見忠「西ドイツの労働裁判とわが国の問題点」日本労働法学会誌三三三号（労働争訟）（昭四三）八〇頁参照。

(65) Vgl. Löwisch, a. a. O. (N. 9), S. 2; Denck, Das vorläufige Weiterbeschäftigungsangebot des Arbeitgebers im Kündigungsrechtsstreit, NJW 1983, 259. 解雇告知訴訟は、平均「一審は半年、連邦労働裁判所まで行くと四年かかる」といふ。

(66) Z. B. LAG Kiel, Urt. v. 26. 8. 1958, DB 1958, 1132; LAG Tübingen, Beschl. v. 19. 4. 1961, NJW 1961, 2178; LAG Bremen, Urt. v. 20. 4. 1961, DB 1961, 1295; ArbG Köln, Urt. v. 10. 11. 1964, DB 1964, 1778; LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 24. 11. 1967, DB 1968, 536.

(67) 前掲注(66)掲記判例の註文、Stein-Jonas-Grunsky, ZPO, 20. Aufl. 6. Lfg. 1981, vor § 935 Rdz. 42, 43; Rosenberg-Gaul-Schillen, Zwangsvollstreckungsrecht, 10. Aufl. 1978, S. 786 f.

(68) ただし、LAG Baden-Württemberg, Urt. v. 24. 11. 1967, DB 1968, 536 では、「誤って支払われた金員の返還が不可能ないし困難であることは、仮処分制度の利用を否定する根拠にはならない」といふ、返還義務を肯定することを前提とし

た記述が見える。

- (69) この点については、下井隆史・労働契約法の理論（昭六〇）六五頁以下、和田肇「西ドイツ労働契約における忠実義務と配慮義務」〔法政論集九六号（昭五八）五九一頁以下〕。

- (70) いわゆる実体的経過規定の一例として上げられる規定である。この規定については、ディーター・ライボルト＝松浦馨訳「仮救済制度の基本構造」民訴雑誌二三号（昭五二）一六三頁以下、野村秀敏・保全訴訟と本案訴訟（昭五六）一九一頁以下参照。

- (71) ライボルト＝松浦訳・前掲注(70)一〇〇頁、Löwisch, a. a. O. (N. 9), S. 6; Hanau, Praktische Fragen zur Neuregelung der Mitbestimmung in personellen Angelegenheiten, BB 1972, 455; Dietz-Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 5. Aufl. 1973, § 102 Rdz. 110, 115; Fitting-Aufarth-Kaiser, Betriebsverfassungsgesetz, 14. Aufl. 1984, § 102 Rdz. 64.

- (72) Dietz-Richardi, a. a. O. (N. 71), § 102 Rdz. 115; Fitting-Aufarth-Kaiser, a. a. O. (N. 71), § 102 Rdz. 64.

- (73) 田中重雄「労働法」和田・前掲注(69)五九四頁以下参照。

- (74) BAG, Urt. v. 26. 5. 1977, NJW 1978, 239.

- (75) Z. B. LAG Frankfurt, Urt. v. 18. 2. 1980, BB 1980, 1267; LAG Hamburg, Urt. v. 5. 5. 1983, DB 1984, 196.

- (76) この場合、具体的にどのような仮処分の主文になるのかは明らかたしえなかった。あるいはこの仮処分の一部として、賃金仮払が命ぜられるのかもしれないが、この仮処分は、民訴法八八条の不代替的作為義務の執行の方法により執行されるべきものである。Brill, Die Durchsetzung des allgemeinen Weiterbeschäftigungsanspruchs, BB 1982, 625 f.; Feichtinger, Die Weiterbeschäftigung während des Kündigungsschutzprozesses, DB 1983, 942 f.

- (77) Löwisch, a. a. O. (N. 9), S. 7 f.; Brill, a. a. O. (N. 76), S. 626; Feichtinger, a. a. O. (N. 76), S. 943; Grunsky, Der Anspruch des gekündigten Arbeitnehmers auf Beschäftigung, NJW 1979, 88 f.; vgl. Schaub, Vorläufiger Rechtsschutz bei der Kündigung von Arbeitsverhältnissen, NJW 1981, 1812.

- (78) Löwisch, a. a. O. (N. 9), S. 6; Brill, a. a. O. (N. 76), S. 626; Feichtinger, a. a. O. (N. 76), S. 943.

- (79) Löwisch, a. a. O. (N. 9), S. 6 f, 8; Brill, a. a. O. (N. 76), S. 626; Feichtinger, a. a. O. (N. 76), S. 943; vgl. Schaub, a. a. O. (N. 77), S. 1812.

(80) 下井・前掲注(69)一六七頁。

(81) Grunsky, a. a. O. (N. 77), S. 89 f.

(82) Mayer-Maly, Weiterbeschäftigung nach Kündigung, DB 1979, 1601 ff.; Berkowsky, Zum Weiterbeschäftigunganspruch des gekündigten Arbeitnehmers während des Kündigungsschutzprozesses, DB 1983, 2362 ff.

VI 結 び

(1) 賃金仮払仮処分が単独で発令された場合でも、それとあわせて地位保全仮処分が発令された場合でも、使用者側が労務の受領を拒否しつつ仮払金を支払い、その後、労働者側の本案敗訴判決が確定し、あるいは仮処分が取り消された場合には、原則として、受領された仮払金全額が返還されるべきであり、例外として、それらの仮処分発令後事情が変更したとしてそうなった場合には、その事情変更後に受領された仮払金が返還されれば足りる。その際、それぞれの仮払金は、本案判決あるいは取消判決確定の日の翌日からの遅延利息を付して返還されるべきである。

仮払金の返還義務を否定する近時の有力説には、むしろ、労働者の保護という考慮が背景になっていると思われる。そして、ドイツの経営基本法一〇二条五項や、この条項の枠を超えて実体法上の就労請求権を拡張しようとする近時の学説の動向に鑑みれば、返還義務否定説も、立法論としては、十分考慮に値するといわなければならない。しかし、解釈論としては、この見解には、既存の契約理論や仮処分理論との整合性に欠けるところがあると思われる。

なお、返還義務肯定説に対しては、ドイツにおいては、就労請求権が原則として肯定されているので、労働者に仮払金の返還義務を肯定しても、その者は仮処分が失効するまでの間現実には就労していることが多く、そのため

あまり不都合は生じないであろうが、わが国のように就労請求権が原則として否定されているところでは、返還義務を肯定することは不都合を生じさせることがより多いのではないかと、ドイツにおけると同様に解することはできないとの批判がなされるかも知れない。しかし、労働法には門外漢であるためかも知れないが、私には、既存の仮処分理論や契約理論に妥容を加える仮払金の返還義務否定説よりは、就労請求権肯定説の方が、たとえば、日照権を認める議論などに比較しても、よほど説得的なように思われなくもない。それ故、右のような不都合があるというならば、それには、むしろ、ドイツにおけるように、就労請求権を肯定する解釈論を構築することによってこそ対処されるべきではなからうか。

(2) ところで、現在進められている仮差押え・仮処分制度の改正作業の過程において公表された「仮差押及び仮処分制度に関する改正試案」は、その四七に「原状の回復を命ずる決定」と題する規定を置き、そこにおいて以下のように定めた。

「ア 裁判所は、申立てにより、物若しくは金銭の給付を命ずる仮処分決定又は執行官に物の保管をさせた上債権者にその使用若しくは保管を許した仮処分決定を取り消す決定において、仮処分決定に基づき債務者が給付した物の返還、金銭の返還及び法定利率による損害賠償の支払又は使用若しくは保管を許した物の返還を債権者に命じなければならない。

イ 省 略

(注) 継続的に金銭の給付を命ずる仮処分においては、その決定の後の一定の時期以降必要性が消滅したことを理由としてその決定が取り消されたときには、必要性が消滅する以前に給付した金銭の返還を命ずることができないこと、及び賃金等の給付を命ずる仮処分において、債権者が就労していたときには、就労していた間に給付していた金銭の返還を命ずることができないことを明らかにするかどうかについては、なお検討する。」

そして、これを受けてさらに最近国会に提出された民事保全法案においては、右の四七アに相当する規定を保全異議に基づく取消しの場合について三三条に置き、その三三条を四〇条で保全取消し（本案の不提起による取消し、事情の変更による取消し、特別の事情による取消しの総称）に、四一条四項で保全抗告に基づく取消しに準用しているが、右の註に関する定めは置かれなかった。

右の試案四七については、既に私見を公にしたことがあるが、その際、本稿での問題に関係のある註⁽⁸³⁾に関しては、解釈論に委ねられるとのみ指摘していたので、ここで若干この註に触れておくこととする。

第一に、賃金仮払仮処分において、債権者が現実⁽⁸⁴⁾に就労していれば、その間に給付された仮払金については返還を命ずることができないことは一致して認められている。ただ、厳格にいえば、この場合、債権者が受領することができないのは通例の賃金額であるから、それと仮払を命ぜられた金額との間にずれが生じ、後者の一部を返還しなければならぬことはありうる。しかし、決定手続である取消（不服申立）手続において、そのようなずれがあるか否かまで審理することは、手続の遅延をもたらす相当ではないであろうから、とりあえず右の手続においてはそれについても返還を命じえないと解してよいであろう。そして、このようなことは解釈論で賄いうるであろうから、あえて明文の規定を置くまでもないであろう。

第二に、使用者が労務の受領を拒否したときは、債権者は受領した仮払金の返還義務を負うと解すべきであり、それには取消決定の確定の日の翌日からの遅延利息を付すべきである。そして、このことも解釈論で賄いうるであろうから、あえて明文の規定を置くまでもないであろう。

なお、本稿執筆の機縁となった宝運輸事件最高裁判決の事案においては、労働者側は受領した仮払金をその者が所屬する労働組合に贈与してしまったので、現存利益はないとの主張がなされているが、多数意見は、これを、自己の責任においてする財産の処分に過ぎず、利益の現存を左右するものではないとして退けている⁽⁸⁵⁾。仮払金を受

領しなければこのような贈与は決してなされなかったであろうから、右の多数意見はやや労働者側にとって酷な感がしなくてもないが、そもそも、右の事件の基礎になった仮処分命令で過去分の賃金仮払を命じたのが不適切であったのである。すなわち、債権者において、過去において生活維持のために借金をしてその返還を迫られているといった特別な事情がない限り、過去分の賃金仮払については必要性がないと認めるべきであり、⁽⁸⁶⁾そして、そのような事情があればその過去分の仮払金が浪費されてしまつて現存利益がなくなるといふことにはならないであろうから、右のような問題は生ずる余地はないのである。それ故、やはり、支払われた仮払金全額の返還を命ずることとしている試案の規定は正当である。

また、宝運輸における別個の解雇を契機として取得された仮処分に関する事件においては、労働者側が仮払金を受領する前提として既に受領していた退職金を返還していたため、その限度で利益が現存しないとされた。⁽⁸⁷⁾そこで、このような場合には、仮払金全額の返還を命ずる試案の規定は適當ではないように思われなくもない。しかし、この場合、全額の返還を命じたとしても、その返還を命ずる決定は既判力を有しないと考えられるから、⁽⁸⁸⁾利得の消滅を理由に労働者側は全額の返還義務はないとして請求異議の訴えを提起することができるであろう。もっとも、労働者側にこのような手続的負担を課することには疑問がありえないではないが、すべては不当な仮処分を取得した労働者側に起因するのであるから、その程度のことは止むを得ないのではなからうか。

第三に、仮処分命令発令後の事情変更によりそれを取り消された場合には、その変更後に受領された仮払金のみを返還すれば足りるが、宝運輸事件の最高裁判決の多数意見にはこの点の自覚が欠けているように思われ、それ故、松浦教授のいわれるように、右の規定の末尾にこの点を明示する規定を付加した方がよいかも知れない。⁽⁸⁹⁾

(83) 野村秀敏「原状回復」判タ六四〇号(昭六二)三二頁以下。

(84) 前述、Ⅱ(3)参照。

(85) 前掲注(4)宝運輸事件最高裁判決（最判昭六三・三・一五）。

(86) 塚原・前掲注(3)一三五頁。

(87) 前掲注(55)宝運輸事件判決（広島地福山支判昭五七・八・一七）。

(88) 前述のように、稀には、労働者側は、現実には就労していた場合でも仮払金の一部について返還義務を負うことがありうる。そして、返還義務を否定する決定も同様に既判力を有しないと考えられるから、使用者側は、通常訴訟によって右の返還請求権を主張しうるであろう。他方、労働者が労務の提供のために就労場所に赴いた際の通勤費は労働者側の利得の消滅をもたらすから（前述、Ⅱ注(35)参照）、労働者はそれを控除した分の返還義務しか負わないはずである。にもかかわらず、試案や法案の規定が仮払金全額の返還を命じうるとするのは、とりあえず取り消された仮処分による給付の結果は全面的に元に戻されるのが衡平に合致すると思われること、取消（不服申立）手続はそのような些細な点まで審理するのに適していないこと、通勤費は必ずしも発生しているとは限らず、またその程度であれば少額に過ぎないから、その分を含めて返還を命じても労働者側に酷とはいえないことにあると思われる。そして、請求異議の訴えによって、労働者側は右のような利得の消滅をも主張しうるであろう。

(89) 松浦・前掲注(8)八二頁。

（のむら・ひとしⅡ本学教授）

